

高德明 著

新刑法之理論與實用

總則編

上海中華書局印行

國民政府內政部註冊二十六年七月廿三日執照警字第九〇七九號
 民國廿六年六月發行
 民國三十年一月三版
 新刑法之理論與實用 總則編 (全一冊)

實價國幣一元

(郵運匯費另加)



著者 高德明

發行者 中華書局有限公司

代表人 路錫三

印刷者 上海 美商永寧有限公司

總發行處 昆明 中華書局發行所

分發行處 各埠 中華書局

王序

人羣進化，事態日繁；生存競爭，相凌相賊；禮教不足以維繫，而刑法於是乎生。吾國刑法，以空閒言，社會秩序之護持，相需甚殷。以時間言，五刑六經之遞嬗，發達最早，降及近代，世界經濟，畸形發展；法學潮流，日新月異，適應需要，端在探討，故理論爲先。一國之內，邊疆與腹地之俗殊，都市與鄉村之習異；權衡運用，期於平亭，故實用尤切。理論與實用，相倚相因，無可軒輊。

高君德明，歷載窮研，盡窺堂奧，乃成新刑法理論與實用總則編一書。其間循章編制，論列首端。旁徵博引，抉擇精微，淵源神髓，闡發無遺。論文詮釋，如龍門列傳，詳略互見，是誠法壇之巨製也。

夫禮教防於未然，刑罰施於已然。道德齊禮，有恥且格；道政齊刑，民免無恥。近來刑法趨勢，由客觀而進主觀，含鎮壓而言感化；所以啓示明恥格非之心，冀收刑期無刑之效；意甚盛也。

嘗觀近世法治國家，其國民幾無人不具法律之觀念，故效用益宏，返視吾國，於一法之行也，頗尠有相當之認識。因之茫然罔覺，身罹刑網，識者憂之。今斯編之出，不第便於治刑法學者之研求，進而可以使社會一般，於刑法共獲深切之了解，惕然懷刑，而自納於軌物。則高君之命筆，厥功詎不偉哉？余實有厚望焉！

司法行政部部長王用賓撰

焦序

吾國刑律草案，昉自清季，論訟方滋，時代已嬗。民國肇興，暫行刑律，承用未替。國府定鼎首都，典章漸備；上年公佈之新刑法，屢經研討，審慎周詳；庶幾適合於現代之法治精神也已。

夫法軌之制，沿革複雜；非條貫體用，末由昭允無遺。是書原本憲章，爲之羽翼，旨趣賅澈，厥有三長：理論實用，向成著述分野；匯爲一編，平其軒輊，此其一。法理法例，逐加演繹，旁稽博引，反覆著明，此其二。論文詮釋，詳略相因，攬卷研觀，互臻朗闢，此其三。

高君德明，學本淵博，見尤獨到；歷年殫勤，成斯鉅篇，其有裨於讞斷與辯護者，不亦多乎？因嘉其志，書此以歸之。

最高法院院長焦易堂撰

自序

刑法研究之方法，可大別爲二：一爲抽象研究，卽側重理論，就刑法之原理原則，窮源竟委，以抉精闡微。一爲具體研究，卽側重實際，就刑法之條文規定，辨毫析芒，務求切合實用。二者研究之方法不同，對象歧異；故近世咸爲劃區分域。研究實用者不尙理論，研究理論者不及實用；畸形舒展，一若各具有獨立性，此於坊間所出之刑法書籍中，可以徵驗也。

然理論與實用，相須相關，「理」恃「用」立，「用」以「理」生；不可偏廢。若舍理論而言實用，是猶醫者不習病理而爲治療，其未能運用自如，切中疾情，固不待言也。反之，棄實用而尙理論，是猶盲人說象，侏儒觀場；其懸擬臆測，蹈虛離實之弊，亦無可諱矣！

總之，理論爲實用之精神，實用爲理論之軀幹。譬之於樹，樹拔則青青去木；方之於燭，燭糜則炎炎不居。可知二者宜兼修並重，亦當然事也。第時下刑法著作，都係分

別成書；融冶理論實用於一爐者，尙付闕如，斯未始非憾事也。不佞性嗜申韓，書有可疑，問諸實用；事有相乖，析其原則；學術無分中外，唯真理爲依歸。治之累年，頗饒旨趣。於本年仲春，不揣謏陋，貫通理論與實用，先著成本書（刑法分則，容暇時續作），仍依刑法總則編制，分十二章。每章首端，均置論文一篇，援引現行法律各國立法例，及名家學說，並參以己意，或評其得失，或闡其精微；務使表現立法真髓，俾讀者得以澈底瞭解我國刑法之精神。至諸條文之詮釋，純係根據司法院及最高法院之判解，或具體事實上之啓示；而講解力求明確，俾不失正義，切合實用也。惟論文與詮釋，須齊觀並閱，庶幾啣接如環，清澈似水；理論實用，兩無疑義。蓋本書爲節辭刪衍起見，論文詳者，詮釋略焉！詮釋有者，論文闕焉！必合併觀之，始可洞明無遺。否則，有殘缺疏略之嫌矣。

廿五年冬高德明識於白下同德小廬

新刑法之理論與實用總則編目次

王序

焦序

自序

第一章 法例 第一條至第十一條

第二章 刑事責任 第十二條至第二十四條

第三章 未遂犯 第二十五條至第二十七條

第四章 共犯 第二十八條至第三十一條

第五章 刑 第三十二條至第四十六條

第六章 累犯 第四十七條至第四十九條

第七章 數罪併罰 第五十條至第五十六條

目次

一
三
七
九
五
三
五

第八章	刑之酌科及加減	第五十七條至第七十三條	一五三
-----	---------	-------------	-----

第九章	緩刑	第七十四條至第七十六條	一五〇
-----	----	-------------	-----

第十章	假釋	第七十七條至第七十九條	二〇〇
-----	----	-------------	-----

第十一章	時效	第八十條至第八十五條	二〇八
------	----	------------	-----

第十二章	保安處分	第八十六條至第九十九條	二三三
------	------	-------------	-----

新刑法之理論與實用

總則編

第一章 法例

法例者，法律之凡例。用以規定本法之效力，及其適用之範圍也。法例二字，由來彌久，古稱具法，魏稱刑名，晉分刑名法例爲二，北齊始合而爲一，稱之名例；厥後歷隋唐宋元明清，沿而不改，然名雖相似而義實不同也。

本章內容計有關於刑法制度，時之效力，人之效力，地之效力，國際司法互助，刑法用語解釋等之規定。茲先就理論分別述其概要，迨後逐條詮釋，銅山洛鐘，互資響應；於實用上自無鑿枘之憾矣！

第一節 刑法制度

刑法制度者，卽定罪科刑之標準也。自刑法進化史上觀察，知由來有擅斷主義，法

定主義之異，分述如次：

(1) 擅斷主義——即罪之有無，刑之輕重，不預以法律明確規定，而一任審判官率意擅斷或比附援引，以定罪科刑之制度也。此制純係偏重人治，若審判官得人，則綜合社會環境及犯人情性，或能為適當公衡之裁判。反之，如不得其人，則孤意橫行，或曲庇罪人，或陷害無辜；流弊之巨，何堪設想？非僅惟是，且諸審判官之嚴酷慈祥，賢明愚魯，各隨稟賦而殊。因法無明定，遂比附援引，其處罰輕重之懸絕，乃必然之事。當此之時，在較善者對於刑罰，固有「幸與不幸」之缺憾。而鬪茸之徒，狡黠之輩，反啓其徼倖嘗試之心，大肆活動；是罪刑非特不足消滅犯罪，防衛社會，且有造成犯罪，擾亂社會之嫌矣！嘗憶唐時趙冬曦之奏議中，有「死生罔由法律，輕重必因愛憎；受罰者不知其然，舉事者不知其法」之語，可為擅斷主義痛下一鍼也。

(2) 法定主義——即犯罪與刑罰，概須法律明定。法律無明文者，任何行為不得處罰之制度也。此制純屬傾向法治。就中又可分絕對的法定主義，與相對的法定主義。所謂絕對的法定主義者，即犯罪與刑罰，均為單一之規定，審判官毫無自由裁量之餘地。所

謂相對的法定主義者，即犯罪採概括之規定，刑罰採選擇之規定；審判官於概括及選擇之法定範圍內，可以隨時酌情量定。評價二主義，前者於刑罰方面，失之拘滯；不足應瞬息萬變之環境。後者於犯罪方面，失之籠統；不能使裁判之罪名統一。故本法於犯罪採絕對法定主義，而刑罰則採相對法定主義（如分則各條中，規定處若干年以上若干年以下有期徒刑，或處若干元以下罰金者均是），蓋所以調濟法治與人治之平也。

第二節 時之效力

時之效力云者，乃刑法之效力，於何時而發生，於何時而消滅之問題也。無論何種法律，其有效期間，當自施行時起，至廢止時止；此固不獨刑法爲然也。

刑法之廢止，有明示廢止與默示廢止之分。明示廢止云者，乃政府以明令廢止某種刑法，其期限既屆，即失其效力之謂也。默示廢止云者，當新法施行，不問其規定與舊法相同或牴牾，本「新法優於舊法」之原則，舊法之效力，不待明令廢止，即告消滅之謂也。但須注意，默示廢止，祇能適用於同類之法。如新普通法對舊普通法，新特別法

對舊特別法則可。若普通法對特別法，不問新舊如何，苟非明示廢止，不能使特別法消滅效力，此蓋特別法優於普通法也。

· 刑法既以施行後，發生效力，人民應遵守新法，國家應適用新法。且舊法本「新法優於舊法」之原則，已經失效，尤無援用之餘地，此為刑法不溯既往之原則也。然此係就行為在其當時應否處罰而言。設行為之法律已屬處罰者，迨後法律變更，致與裁判時法律相齟齬者；則將適用行為時之法律耶？抑裁判時之法律耶？學者意見不一，計有三派：

(1) 從舊主義——主張適用行為時之法律。其理由為法律與犯罪行為相針對，法律之效力，即由犯罪行為而發生，故犯人於行為時，即已有受法律制裁之權利。況「不溯既往」，既垂為原則，尤無適用新法之餘地。其實人民對於國家，何來受刑之權利？新法既已施行，應收新法之利。若概從舊法，寧不駢枝？故此主義，在今日已成陳說，殊無採用之價值也。

(2) 從新主義——主張適用裁判時之法律。其理由有三：(A) 效力說，謂新法既經頒

行，舊法即屬失效；斷無捨棄有效之新法，而襲用已廢止之舊法之理。(B)目的說，新法既應時代環境之需求而施行，若仍襲用舊法，殊失更新之目的。(C)完備說，謂新法之頒行，因較舊法爲完備，若仍襲用舊法，是猶抱殘守缺，於理殊未協也。然絕對從新主義之結果，使在施行前犯輕微罪者，將因新法施行而成重罪；在施行前不爲罪者，將因新法施行而成犯罪。此與罪刑法定主義及「不溯既往」之原則相背，亦未足取也。

(3)從輕主義——主張適用較輕之法律。其理由爲新舊法律之刑有輕重時，將因法律變更而生同罪異罰之弊。苟行爲時之法律較輕，自有受輕刑之權利。況論罪科刑，應持哀矜寬厚之旨，與其殺無辜，寧失不經也。然刑罰本爲預防犯罪而設，並非市恩沾惠之具，要當輕重適度，以達防衛社會之旨。

綜觀三說之立論，雖均不無相當理由，而失之極端，是其通弊。故本法折衷其說，略予變通，以從新主義爲原則，從輕主義爲例外。蓋新法既頒，自應收新法之效；但舊法較新法輕者從輕，以濟情法之平，此折衷主義也。

惟應注意，所謂「舊法較新法輕者」，此舊法包括中間法而言。中間法云者，即介

平行爲法律及裁判法律間之他種法律也。如犯罪成立於民國十七年六月，至二十四年八月拘提到案，其中刑法凡二變，行爲時爲暫行刑律，經過時爲舊刑法；裁判時爲本法。則此舊刑法，即中間法也。曰較輕者，亦非僅以刑爲標準，即刑以外之事項，如告訴乃論否？時效完成否？均應比較而適用最輕者，蓋非如此，不足貫徹從輕主義之精神也。

第三節 人之效力

人之效力云者，即刑法之效力及於如何之人是也。就原則上言，一國之刑法，其效力應普及於一國領域以內之人，即僑居國內之外國人，亦須服從該國之法律，固不得以身分之不同，而有所歧視也。但近世各國立法例，亦有爲刑法效力所不能及者，此例外也。茲列舉於后：

(1) 因國內法之關係而爲例外者——各國爲保持國家元首之尊嚴，於憲法中，有規定免除其全部或一部之刑事責任者。亦有尊重民意機關，規定議員在議院內之言論及表決，對外不負責任者。例如刑法上之侮辱罪及誹謗罪，若在議院內發言，不能構成各該